



Warszawa,

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ2.442.141.2021.JC

KND/151/21/DKZP

.....

X.Y.

Rektor Politechniki Śląskiej

ul. Akademicka 2a

44-100 Gliwice

W odpowiedzi na pismo z dnia 1 sierpnia 2022 r. zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 lipca 2022 r., przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. **Sukcesywna dostawa materiałów eksploatacyjnych do urządzeń biurowych dla Politechniki Śląskiej (znak postępowania: IA1/D/21/30/MW)**, uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko w sprawie stwierdzonego na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”) naruszenia przepisów: art. 107 ust. 2, art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c, art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 3) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 lipca 2022 r.*, przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ2.442.141.2021.JC.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów:

- 1) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy AB;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AB, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego;
- 3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu wyjaśnianie treści oferty wykonawcy AB, prowadzące do zmiany jej treści;
- 4) art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu poprawienie omyłek w treści oferty wykonawcy AB;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AB jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2022 r. wniósł zastrzeżenia w zakresie ww. naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r.

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 4 sierpnia 2021 r.

W odniesieniu do wskazanego w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający powtórzył przedstawione w piśmie z dnia 4 sierpnia 2021 r. stanowisko dotyczące interpretacji ww. przepisu. Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z zasadami logiki spójnik „lub” oznacza alternatywę nierozłączną, skutkiem czego za prawidłowe postępowanie należy uznać następujące sytuacje:

- 1) wezwanie do złożenia przedmiotowych środków dowodowych;
- 2) wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- 3) wezwanie do złożenia, a następnie wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Zamawiającego interpretacja treści przywołanego przepisu, sprowadzająca znaczenie zastosowanego spójnika „lub” do znaczenia spójnika „albo”, jest niezgodna z zasadami legislacji. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. nie znalazło się odniesienie do przedstawionej przez niego interpretacji przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający zauważył, że w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. wskazano wyraźnie, że zasada jednokrotności wezwania nie została wyrażona wprost w przepisie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jednak taka interpretacja jest możliwa do wywiedzenia z zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający podkreślił, że nie może się zgodzić z takim kierunkiem analizy znaczenia ww. przepisu, ponieważ w jego ocenie, to właśnie brak możliwości wezwania o uzupełnienie dokumentów prowadziłyby do nierównego traktowania Wykonawców. Zamawiający wyraził pogląd, iż *Wykonawca, który złożył przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą, mógłby zostać wezwany do ich uzupełnienia, natomiast takiej możliwości byłby pozbawiony Wykonawca, który złożył dokumenty dopiero na wezwanie Zamawiającego.*

Wnoszący zastrzeżenia zwrócił także uwagę, że kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało w niedługim czasie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i na ówczesny moment nie mógł dysponować stosownym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które stanowiłoby dla niego istotny punkt odniesienia w interpretacji niejednoznacznych przepisów nowego prawa. W szczególności Zamawiający wskazał na przywołany w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 663/22), pochodzący z okresu znacznie późniejszego niż okres, w którym było prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia, a ponadto, zdaniem Zamawiającego, odnoszący się do innego stanu faktycznego.

W dalszej części Zamawiający wskazał, że *istotny jest także przedmiot, którego dotyczyło wezwanie z dnia 10.06.2021 r. skierowane do Wykonawcy AB, a przedmiotem tego wezwania nie było podanie przez Wykonawcę nazwy oferowanego przedmiotu zamówienia, tudzież jakiegokolwiek parametru go identyfikującego. Co za tym idzie, Zamawiający już po złożeniu przez Wykonawcę*

przedmiotowych środków dowodowych wiedział co jest przedmiotem oferty, natomiast dla własnych potrzeb organizacyjnych, ze względu na fakt zaoferowania tzw. zamienników, chciał uzyskać informacje poboczne zawarte w treści Arkusza Ofertowego, a dotyczące kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera pochodzącego od producenta urządzenia. Zdaniem Zamawiającego, w zaistniałych okolicznościach wyjaśnienie treści dokumentu złożonego przez wykonawcę AB było konieczne, nawet jeśli procedura przewidziana w przepisie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie była ku temu właściwa.

Odnosząc się z kolei do naruszenia art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z interpretacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawioną w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r., wskazującą na uznaniowość sposobu oceny ofert ze względu na branżę i jej specyfikę oraz wskazywanie na konieczność profesjonalizmu w odniesieniu do którejkolwiek z branż.

Wnoszący zastrzeżenia wskazał, że na podstawie swojego wieloletniego doświadczenia może stwierdzić, że co do zasady nie zdarza się, aby Wykonawcy od razu na etapie składania ofert eliminowali wszystkie błędy możliwe do popełnienia przy ich opracowywaniu. W szczególności Zamawiający podniósł kwestię obszerności Arkusza Ofertowego oraz konieczności wypełnienia go danymi składającymi się z kombinacji liter i cyfr, co w ocenie Zamawiającego, sprzyjało popełnieniu omyłki. Na poparcie swojej argumentacji Zamawiający przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszące się do możliwości poprawienia kosztorysów ofertowych składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, wskazując jednocześnie na podobieństwo takiego kosztorysu i Arkusza Ofertowego występującego w kontrolowanym postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mający na celu eliminację nadmiernego odrzucania ofert ze względu na drobne i niezamierzone uchybienia, powinien być stosowany na analogicznych zasadach w odniesieniu do ofert składanych przez wykonawców ze wszystkich branż, niezależnie od tego, czy przedmiotem zamówienia są dostawy, usługi czy roboty budowlane.

Przywołując fragment Komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych, wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych, Zamawiający wyraził pogląd, że dopuszczalne jest aby poprawienie „innych omyłek”, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, prowadziło do zmiany w treści oferty, gdyż jedynie poprawienie omyłek, powodujące istotne zmiany w treści oferty nie jest dopuszczone przez ustawodawcę.

Odnosząc się do treści *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że omyłka, którą poprawił nie miała charakteru oczywistego, a stanowiła tzw. „inną omyłkę”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego, poprawienie tego typu omyłki może zostać poprzedzone stosownym wyjaśnieniem ze strony wykonawcy, gdyż jedynie omyłki oczywiste, tj. pisarskie oraz rachunkowe, nie wymagają wyjaśnienia. Dlatego też w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający uznał, że poprawienie oferty wykonawcy AB mieści się w ramach korekty możliwej do przeprowadzenia po uprzednim wyjaśnieniu treści oferty. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył,

że poprawienie omyłek w ofercie wykonawcy AB nie wpłynęło w sposób istotny na zmianę treści oferty oraz ogólną zaofferowaną cenę.

Zamawiający w konkluzji pisma z dnia 1 sierpnia 2022 r. zwrócił się z prośbą o ponowną analizę przedmiotu kontroli, z uwzględnieniem przedstawionych powyżej zastrzeżeń.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego powoływanej w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej uprzejmie informuję, co następuje.

Prezes Urzędu podtrzymuje w pełnym zakresie stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r.

Ad. 1-2

W pierwszej kolejności należy odnieść się do przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji dotyczącej stwierdzenia naruszenia przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy przypomnieć, że - jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wykonawca AB nie załączył do złożonej oferty przedmiotowych środków dowodowych. W związku z powyższym w dniu 2 czerwca 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę AB do złożenia, na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych dokumentów wydanych przez producenta, wymaganych w SWZ (str. 6 rozdz. II pkt 4 ppkt 2) wraz z ofertą w przypadku zaofferowania zamienników.

W dniu 9 czerwca 2021 r. Wykonawca AB przedłożył w odpowiedzi na ww. wezwanie karty katalogowe oferowanych produktów.

W dniu 10 czerwca 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp ponownie wezwał wykonawcę AB do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych w zakresie kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera od producenta urządzenia.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Za słownikiem języka polskiego Polskiego Wydawnictwa Naukowego: „lub” to *spójnik wyrażający możliwą wymienną lub wzajemne wyłączenie się zdań lub ich części*.¹

Istotnie ze słowem „lub” łączy się zwykle alternatywę nierozłączną, zaś ze słowem „albo” – rozłączną. Zgodnie jednakże z interpretacją wyrażoną przez językoznawców, stanowi to tendencję, nie zaś bezwzględnie obowiązującą regułę.² Zarówno w języku potocznym, jak i w aktach prawnych można znaleźć różne przykłady użycia ww. łączników i czasami użycie konkretnego spójnika („lub” lub „albo”) będzie miało jakiś wpływ na znaczenie zdania, w którym występuje, a czasem nie, w zależności od kontekstu wynikającego z całego zapisu. W szczególności zaś przy interpretacji

¹ <https://sjp.pwn.pl/sjp/lub-l;2479347.html> [dostęp w dniu 8 sierpnia 2022 r.].

² <https://sjp.pwn.pl/poradnia/haslo/lub-i-albo;3994.html> [dostęp w dniu 8 sierpnia 2022 r.].

przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp należy brać pod uwagę – oprócz podstawowych reguł językowych - również reguły wynikające z brzmienia całości tego przepisu w świetle podstawowych zasad zamówień publicznych, wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo w sprawach zamówień publicznych.

Do tego rodzaju reguł (zasada jednokrotności wezwania w obrębie tego samego dokumentu, zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców) odwołuje się przywołana w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. interpretacja art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przedstawiona w komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych, oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 663/22). Nie można przy tym zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym we wniesionych zastrzeżeniach, jakoby Prezes Urzędu nie odniósł się do interpretacji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 4 sierpnia 2021 r.

Po pierwsze, odniesienie to zawarte było właśnie w przywołanych przez Prezesa Urzędu przykładach z doktryny i orzecznictwa dotyczących art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Po drugie, Prezes Urzędu w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. wyraźnie wskazał, że: *Przepis ten nie ustanawia (...) – jak twierdzi Zamawiający - reguły, że w przypadku nie złożenia przedmiotowych środków dowodowych, zamawiający zobowiązany jest najpierw wezwać wykonawcę o ich złożenie, a następnie jeszcze (ewentualnie) o ich uzupełnienie. (...) Spójnik „lub” w treści art. 107 ust. 2 ustawy Pzp oddziela możliwe sposoby postępowania Zamawiającego w zależności od tego, czy wymagane przedmiotowe środki dowodowe zostały wraz z ofertą złożone (ale są niekompletne), czy też w ogóle nie zostały złożone. Należy przy tym zwrócić uwagę, że art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (w odróżnieniu od art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego m.in. podmiotowych środków dowodowych) nie zawiera możliwości poprawienia błędów zawartych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych (co de facto miało miejsce w wyniku skierowania do wykonawcy AB). Zamawiający zdaje się utożsamiać procedurę uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych (art. 107 ust. 2 ustawy Pzp) z procedurą uzupełniania bądź poprawiania podmiotowych środków dowodowych, oświadczeń lub innych dokumentów, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy nie są to identyczne instytucje ustawowe i procedura uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych jest bardziej restrykcyjna, aniżeli ta przewidziana w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych materializuje się bowiem zawsze już w chwili złożenia oferty (nie zaś dopiero w wyniku skierowania w tym przedmiocie wezwania przez Zamawiającego, jak ma to miejsce w odniesieniu do podmiotowych środków dowodowych w związku z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), a ponadto treść art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje możliwości korygowania treści złożonych przedmiotowych środków dowodowych (możliwe jest jedynie uzupełnienie brakujących części złożonych dokumentów).*

W tym miejscu należy odnieść się do argumentu Zamawiającego, wyrażonego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, że: *kontrolowane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało w niedługim czasie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i na ówczesny moment nie mógł dysponować stosownym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, które stanowiłoby dla niego istotny punkt odniesienia w interpretacji niejednoznacznych przepisów nowego prawa.*

Prezes Urzędu nie kwestionuje faktu, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w początkowym okresie obowiązywania nowych przepisów, kiedy z obiektywnych

względów brak jest jeszcze możliwości posiłkowania się orzecznictwem wydanym na gruncie tych przepisów, może być dla zamawiających trudniejsze niż w sytuacji, gdy postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów obowiązujących od dłuższego czasu, w odniesieniu do których zdążyło się wykształcić obszerne i ugruntowane orzecznictwo. Jednakże w ocenie Prezesa Urzędu okoliczność, że w odniesieniu do konkretnego przepisu brak jest w momencie wszczęcia lub prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia wskazówek wynikających z orzecznictwa, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku dokonania samodzielnej oceny w tym zakresie, z uwzględnieniem brzmienia tego przepisu oraz nadrzędnych dyrektyw interpretacyjnych wynikających z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Na marginesie należy zauważyć, że niekiedy również w odniesieniu do przepisów obowiązujących już od dłuższego czasu brak jest przykładów orzecznictwa, ponieważ kwestie, których dotyczą nie stanowiły w praktyce przedmiotu zaskarżenia przez uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Powoływanie się na wskazany wyrok miało zatem na celu posiłkowanie się poglądem wyrażonym przez KIO, nie zaś twierdzenie, że Zamawiający jest tym wyrokiem związany (co byłoby niemożliwe również z tego względu, że został on wydany już po zakończeniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia). Niemniej jednak nie ulega wątpliwości, że Izba w wyroku o sygn. akt KIO 663/22 orzekła w oparciu o przepisy ustawy, które obowiązywały także Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu i w ocenie Prezesa Urzędu ww. wyrok dobrze ilustruje i wzmacnia wywód Prezesa Urzędu.

Należy również zwrócić uwagę, że w dacie prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia była już dostępna przytoczona w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. interpretacja art. 107 ust. 2 ustawy Pzp zawarta w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych. Zgodnie z informacją na str. 3 Informatora Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2021, w maju 2021 r. uczestnicy systemu zamówień publicznych otrzymali w wersji elektronicznej przygotowany przez Urząd Zamówień Publicznych Komentarz do Prawa zamówień publicznych. Termin składania ofert w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia został natomiast wyznaczony na dzień 1 czerwca 2021 r. Zamawiający mógł już zatem na potrzeby badania i oceny ofert zapoznać się z komentarzem dotyczącym ww. przepisu ustawy Pzp, ponieważ był już publicznie dostępny.³

Prezes Urzędu nie podziela również poglądu Zamawiającego wyrażonego we wniesionych zastrzeżeniach, że to właśnie brak możliwości wezwania do uzupełnienia złożonych na wezwanie przedmiotowych środków dowodowych stanowiłby naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ *Wykonawca, który złożył przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą, mógłby zostać wezwany do ich uzupełnienia, natomiast takiej możliwości byłby pozbawiony Wykonawca, który złożył dokumenty dopiero na wezwanie Zamawiającego*. Pogląd taki, zdaniem Prezesa Urzędu jest nie do pogodzenia z brzmieniem art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, który nie zawiera możliwości poprawienia błędów zawartych w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych (w przeciwieństwie do procedury o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczącej podmiotowych środków dowodowych). W świetle przytoczonych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r. interpretacji art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wynikających

³ https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0013/51007/INFORMATOR_2_2021.pdf [dostęp w dniu 8 sierpnia 2022 r.]

z doktryny i orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych nie budzi wątpliwości, że ww. różnica w brzmieniu tych dwóch przepisów ustawy Pzp ma charakter zamierzony, nie zaś przypadkowy. Nie może być zatem mowy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sytuacji działania zgodnego z dyspozycją przepisu ustawy, który określa reguły procedury uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych.

Odnosząc się zaś do argumentu Zamawiającego, że: *Zamawiający już po złożeniu przez Wykonawcę przedmiotowych środków dowodowych wiedział co jest przedmiotem oferty, natomiast dla własnych potrzeb organizacyjnych, ze względu na fakt zaoferowania tzw. zamienników, chciał uzyskać informacje poboczne zawarte w treści Arkusza Ofertowego, a dotyczące kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera pochodzącego od producenta urzędu*, należy podkreślić, że w ocenie Prezesa Urzędu, wobec brzmienia SWZ brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że brakujące w kartach katalogowych złożonych przez wykonawcę AB informacje miały charakter „poboczny” i braki w zakresie kodu/symbolu oryginalnego tuszu/tonera pochodzącego od producenta urzędu podlegały wyjaśnieniu nawet jeśli procedura, o której mowa w art. 107 ust. 2 ustawy Pzp była niewłaściwa.

W odniesieniu do powyższego należy przypomnieć, że zgodnie z rozdziałem II.2 lit. j SWZ karta produktu w przypadku oferowania zamienników miała zawierać następujące informacje:

- nazwa produktu,
- kod/symbol produktu,
- kolor,
- wydajność/pojemność
- wykaz drukarek do których przeznaczony/dedykowany jest toner/tusz (kompatybilność),
- kod/symbol oryginalnego tuszu/tonera od producenta urzędu.

W wyczeniu tym brak jest wskazówek, które z ww. informacji mają charakter „główny”, a które ewentualnie „poboczny”. W związku z powyższym w ocenie Prezesa Urzędu należy je uznać za równorzędne. Ponadto, jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2021 r., informacje te były niezbędne w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane wyroby (zamienniki) wymagań dotyczących ich kompatybilności z urządzeniami, do których miały być przeznaczone.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r., zgodnie z którym Zamawiający naruszył przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy AB oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AB, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego.

Ad.3-5

Odnosząc się z kolei do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w zastrzeżeniach dotyczącego naruszenia przepisów art. 223 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, iż nie zgadza

się on z interpretacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawioną w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 26 lipca 2022 r., wskazującą na uznaniowość sposobu oceny ofert ze względu na branżę i jej specyfikę oraz wskazywanie na konieczność profesjonalizmu w odniesieniu do którejkolwiek z branż, należy wskazać, co następuje.*

Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli wskazał, że jakkolwiek wymaga dużej uważności, aby nie popełnić błędu podczas wypełniania arkusza ofertowego zawierającego kilkaset pozycji, wykonawca jako profesjonalista w swojej branży powinien mieć tego świadomość w stopniu dużo większym aniżeli nieprofesjonalista. Ponadto, jak wskazano wyżej, błąd popełniony przez wykonawcę nie polegał na pozbawionej praktycznego znaczenia omyłce w numerze kodu, tylko na omyłkowym wskazaniu (prawidłowego) kodu produktu dotyczącego innego urządzenia, aniżeli był wymagany. W tej sytuacji należy uznać, iż potraktowanie niezgodności z treścią SWZ w poz. 320 i 321 arkusza ofertowego jako omyłki wykraczało poza dyspozycję przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Na obowiązek dochowania przez wykonawcę podwyższonej staranności zwraca uwagę również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku z dnia 1 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2418/17) wskazano, że: *nie można zapominać, iż złożenie oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne należy do obrotu profesjonalnego. Dlatego też od podmiotów biorących udział w takim postępowaniu wymaga się dochowania zasad podwyższonej staranności. Z tych względów należyta staranność wykonawcy zgodnie z art. 355 par. 1 k.c. określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.*

W ocenie Prezesa Urzędu nie budzi wątpliwości, iż złożenie przez wykonawców (w tym również przez wykonawcę AB) ofert w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło w ramach wykonywania przez nich swojej zawodowej działalności. Zgodnie zaś z ogólnymi zasadami dotyczącymi zobowiązań, wynikających z kodeksu cywilnego (mającymi zastosowanie do czynności wykonawców na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) powinno się zatem oczekiwać od nich należytej staranności w stopniu większym aniżeli od podmiotu nieprofesjonalnego⁴, zarówno w zakresie znajomości przepisów ustawy Pzp, jak i dotyczącej oferowanych przez siebie produktów.

Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach zwrócił uwagę, że omyłka, którą poprawił nie miała charakteru oczywistego, a stanowiła tzw. „inną omyłkę”, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego, poprawienie tego typu omyłki może zostać poprzedzone stosownym wyjaśnieniem ze strony wykonawcy, gdyż jedynie omyłki oczywiste tj. pisarskie oraz rachunkowe, nie wymagają wyjaśnienia. Dlatego też w toku kontrolowanego postępowania, Zamawiający uznał, że poprawienie oferty wykonawcy AB mieści się w ramach korekty możliwej do przeprowadzenia po uprzednim wyjaśnieniu treści oferty. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że poprawienie omyłek w ofercie wykonawcy AB nie wpłynęło w sposób istotny na zmianę treści oferty oraz ogólną zaoferowaną cenę.

W tym miejscu przypomnieć należy, że w dniu 28 czerwca 2021 r. Zamawiający dokonał poprawy omyłek w ofercie Wykonawcy AB m.in. w odniesieniu do poz. 320 i 321 Arkusza ofertowego

⁴ Zgodnie z art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeksu cywilny (t.j. Dz. U. z 2022 r, poz. 1360), należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności.

w zakresie numerów kodów oferowanych produktów zgodnie z wnioskiem wykonawcy AB zawartym w piśmie z dnia 21 czerwca 2021 r., tj. w poz. 320 na 3YM61AE, zaś w poz. 321 na 3YM60AE (w dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca AB wyraził zgodę na dokonanie poprawy omyłek w jego ofercie). Nie jest sporne, że nowe kody produktów dotyczyły tonerów do innych urządzeń, aniżeli kody pierwotnie wskazane przez wykonawcę AB w ofercie (3YM75AE, 3YM74AE), a także, że pierwotnie wskazane kody dotyczyły tonerów nie pasujących do urządzenia wskazanego przez Zamawiającego, tj. HP Deskjet 2700, All-in-one-series.

W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że Prezes Urzędu podziela pogląd Zamawiającego, że na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp możliwe jest dokonywanie zmian treści oferty, pod warunkiem że nie są one istotne, jak również, że w znaczeniu „ilościowym” błędy dotyczące dwóch pozycji arkusza ofertowego w stosunku do ogółem kilkuset nie były znaczące. Jednakże w okolicznościach faktycznych sprawy dokonana poprawa w zakresie poz. 320 i 321 arkusza ofertowego skutkowałą zmianą treści oferty w znaczeniu merytorycznym, tj. zaoferowaniem innego produktu aniżeli był oferowany pierwotnie. Tego rodzaju sytuacji w ocenie Prezesa Urzędu nie można zaś uznać za nieistotną zmianę treści oferty. Po pierwsze dlatego, że otwierałoby to wykonawcom drogę do zastępowania jednych produktów innymi już po upływie terminu składania ofert, po drugie zaś, prowadziłoby to do potencjalnie daleko posuniętej uznaniowości w ocenie zgodności oferty z dokumentami zamówienia, co jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie wiadomo bowiem, jaką liczbę „zamian” produktów w arkuszu ofertowym można by uznać za zmianę nieistotną, a począwszy od jakiej liczby zmiana miałaby już charakter istotny. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców wymaga natomiast zapewnienia jednakowych dla wszystkich wykonawców reguł dotyczących składania ofert oraz wyeliminowania uznaniowości podczas ich oceny. Nawet gdyby podzielić pogląd Zamawiającego, że popełnianie omyłek przez wykonawców w obszernych formularzach ofertowych jest w jakiś sposób usprawiedliwione i występuje dość powszechnie, to w ocenie Prezesa Urzędu niedopuszczalne jest, aby w wyniku zastosowania „taryfy ulgowej” dla wykonawcy reguły, w oparciu o które dokonywana jest ocena ofert przestały być jasne i jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto, jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r., wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy. Dlatego w ocenie Prezesa Urzędu dokonanie poprawy oczywistej omyłki w zakresie poz. 320 i 321 arkusza ofertowego wykonawcy AB, Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niedozwoloną zmianę treści oferty.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 26 lipca 2022 r., zgodnie z którym Zamawiający naruszył przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu wyjaśnianie treści oferty wykonawcy AB, prowadzące do zmiany jej treści, art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu poprawienie omyłek w treści oferty wykonawcy AB oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AB jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia.

Uwzględniając powyższe, Prezes Urzędu podtrzymał stwierdzone w *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 26 lipca 2022 r. naruszenie przepisów:

- 1) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy AB;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AB, który nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego;
- 3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu wyjaśnianie treści oferty wykonawcy AB, prowadzące do zmiany jej treści;
- 4) art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprzez niezgodne z dyspozycją tego przepisu poprawienie omyłek w treści oferty wykonawcy AB;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AB jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia.

Stosownie do art. 610 ust. 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 26 sierpnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 24/22) wyraziła opinię w sprawie przedmiotowych zastrzeżeń, stwierdzając, że *zastrzeżenia zgłoszone do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie*. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględni zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Sukcesywną dostawę materiałów eksploatacyjnych do urzędzeń biurowych dla Politechniki Śląskiej (znak postępowania: IA1/D/21/30/MW)*.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 24/22).

Załącznik:

odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 24/22).